

经济法

ECONOMIC LAW

刘文华 徐孟洲 主编



法律出版社

21 世纪法学规划教材

经 济 法

Economic Law

主 编 | 刘文华 徐孟洲

撰稿人

以撰写章节先后为序

刘文华	徐孟洲	刘俊海
王欣新	姚 佳	吴宏伟
王晓晔	张忠军	朱大旗
程信和	周 珂	刘红林
王全兴		



法律出版社

始于1954年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

图书在版编目(CIP)数据

经济法 / 刘文华, 徐孟洲主编. —北京: 法律出版社,
2009. 3

21 世纪法学规划教材

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9359 - 5

I. 经… II. ①刘…②徐… III. 经济法—中国—高等学校—教材 IV. D922. 29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 035036 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京丰永印刷厂

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/25.75 字数/480 千

版本/2009 年 4 月第 1 版

印次/2009 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9359 - 5

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

二十多年前,当中国改革开放开始勃兴,法律和法律教育开始再度崛起之时,法律出版社便以精诚态度和极大力度服务于中国的法律教育。针对不同阶段的读者,本社陆续推出多种系列的法学教材,迄今已达数百种。高等学校教材、教学参考书为其中主要部分。而历年来逐步推出的“八五”、“九五”及正在推出的“十五”国家级规划教材,更为重点。长期以来,“法律版”的众多教材,颇受学林瞩目。在此,我们深深感谢读者和作者对我们的信任。

进入 21 世纪以来,中国法律教育在取得长足发展的同时,也积极酝酿和展开改革举措,培养高素质的现代法律人才成为法律教育的重要目标。为此,本社应时而动,力求从教材的品种上、内容上、形式上实现更大突破,为新一代法律人学取专业知识提供更好读本。

就高等学校教材而言,我们立足两种进路:全面革新既有教材,或推出全新教材。革新既有教材,意在选取已出版教材尤其是“八五”、“九五”规划教材中的精品,从内容到形式全面更新、修订,重新整合,使这些长盛不衰的法律教育财富,以崭新面目,继续服务于新读者。推出全新教材,则或为推出“十五”规划教材,或约请优秀作者撰写新作,精阐原理,结合实践,关注前沿,努力创造出新世纪的新经典。优秀作者,或为老一辈与盛年名家,或为新生代才俊。或革新,或全新,这些教材在 21 世纪呈现崭新风采,并同享规划教材之盛,因之统为一名:“21 世纪法学规划教材”。

我们深信,中国的法律教育事业将在改革和发展中不断壮大;我们承诺,本套“21 世纪法学规划教材”,以及本社所有法律教育图书都将在发展中不断更新和超越。本着竭诚为法律和法律教育服务的发展服务,竭诚为读者服务之宗旨,我们愿更加敬业,与广大读者和作者一起,共同创造法治事业及法律教育事业的美好未来。

法律出版社

作者简介

(以撰写章节为序)

刘文华 中国人民大学法学院教授、博士研究生导师。主要研究领域为经济法基础理论、企业公司法、金融法。主要著作有:《经济法基础理论》、《经济法基础理论教程》、《中国经济法教程》、《经济法概论》、《新编经济法学》、《经济法律通论》等。兼任北京市法学会经济法学研究会会长、北京培黎职业学院院长、北京市人民政府专家顾问团顾问等职。

徐孟洲 中国人民大学法学院教授、博士研究生导师,中国人民大学财税法研究所所长,中国人民大学经济法学研究中心副主任。主要研究领域为经济法、财税法、金融法、竞争法。主要著作有:《社会主义市场经济的法律调整》、《经济法》、《经济法学原理与案例教程》、《税法》、《税法原理》、《中国税收执法基本问题》、《金融法》、《中国金融法律制度》、《银行法教程》、《信托法学》、《金融监管法研究》、《市场竞争法律调整与对策》、《竞争法》等。兼任中国法学会财税法研究会副会长、中国法学会银行法研究会副会长、中国商业法研究会副会长等职。

刘俊海 中国人民大学法学院教授、博士研究生导师,中国人民大学商法研究所所长。主要研究领域为商法、经济法、公司法、证券法。主要著作有:《股份有限公司股东权的保护》、《公司的社会责任》、《欧盟公司法指令全译》等。兼任中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、北京仲裁委员会仲裁员、中国消费者协会理事、深圳证券交易所博士后工作站博士后导师、深圳证券交易所第三届上市委员会委员、中国法学会商法研究会副秘书长等。

王欣新 中国人民大学法学院教授、博士研究生导师,中国人民大学破产法研究中心主任。主要研究领域为公司法、破产法、证券法。主要著作有:《破产法专题研究》、《企业股份制:中国规则》、《走进股份制:中国规则》、《破产法学》等。兼任中国法学会经济法学研究会常务理事、北京市仲裁委员会委员。

姚佳 中国人民大学法学院博士研究生。

2 经 济 法

吴宏伟 中国人民大学法学院教授、博士研究生导师,中国人民大学经济法学研究中心副主任。主要研究领域为经济法、竞争法、涉外经济法。主要著作有:《竞争法有关问题研究》、《市场管理法教程》、《经济法》、《中国对外贸易法讲座》等。兼任中国法学会经济法研究会常务理事、北京市法学会经济法研究会常务理事。

王晓晔 中国社会科学院法学研究所研究员,中国社会科学院研究生院教授、博士研究生导师,享受政府特殊津贴。主要研究领域为经济法、国际经济法和社会主义法。主要著作有:《美国和德国卡特法中企业合并控制比较研究》、《企业合并中的反垄断问题》、《竞争法研究》、《欧共体竞争法》、《竞争法学》等。兼任中国法学会经济法研究会副会长,中国法学会 WTO 研究会常务理事,国务院法制办、全国人大法工委反垄断立法顾问,国家价格协会咨询委员会委员等职。

张忠军 中共中央党校政法部教授、经济法室主任。主要研究领域为经济法、金融法、证券法、企业公司法、法社会学。主要著作有:《金融监管法论》、《金融业务融合与监管制度创新》、《上市公司法律制度》、《经济法学》等。兼任中国法学会经济法学研究会常务理事、北京市经济法学研究会常务理事等。

朱大旗 中国人民大学法学院教授、博士研究生导师,中国人民大学财税法研究所副所长。主要研究领域为经济法、财税法、金融法。主要著作有:《税法》、《经济法概论》、《税法学》《金融法》等。兼任中国法学会财税法学研究会常务理事兼副秘书长、中国法学会经济法学研究会理事等。

程信和 中山大学教授、博士研究生导师。主要研究领域为经济法、房地产法。主要著作有:《经济法与政府经济管理》、《经济法新论》、《市场经济运行的法律机制》、《房地产法学》、《粤港澳法律关系》等。兼任中国法学会经济法学研究会副会长、中国法学会比较法研究会副会长、广东省涉外投资法律学会副会长、广东省人大常委会立法顾问、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员等。

周 珂 中国人民大学法学院教授、博士研究生导师,中国人民大学环境资源法研究所所长。主要研究领域为环境与资源法、经济法、房地产法、土地法。主要著作有:《生态环境法论》、《环境法》、《房地产法》等。兼任中国法学会环境法学会副会长、北京市法学会环境资源法学研究会会长、DNV 中国健康安全与环境管理体系认证管理委员会委员、教育部法律顾问等。

刘红林 中国人民大学法学院博士研究生。

王全兴 上海财经大学法学院教授、博士研究生导师。被评为湖北省有突出贡献中青年专家(1996年),享受国务院政府特殊津贴专家(2005年)。主要研究领域为经济法、社会法。主要著作有:《经济法基础理论专题研究》、《劳动法》、《劳动法学》、《中国劳动法新论》等。兼任中国法学会经济法学研究会副会长,中国劳动法学研究会副会长,国家劳动和社会保障部中美、中英劳动法律合作项目中方专家,国家人事部专家服务中心专家顾问委员会委员,中国法学会环境和资源法研究会理事,全国高协组织教材研究与编写委员会委员,《中国劳动》编委,《经济法制论坛》(香港)副总编等。

编写说明

《经济法》作为高等院校法学专业核心课程教材之一,是根据教育部审定的《经济法学教学大纲》编写的。本书在编写过程中,遵循马克思主义基本原理,从中国社会主义市场经济发展和经济建设实践的客观需要出发,立足中国国情,努力反映依法治国、建设社会主义法治国家的要求,反映经济立法和综合运用各种法律手段调整经济关系的成果,借鉴和吸收国内外经济法研究的理论和制度精华,注重阐明经济法的基本理论和主要制度。

本书未分编,其体系安排是从经济法基础理论到经济法主体、市场规制法、宏观调控法和社会保障法等各部门经济法制度。全书共十五章,依次阐述,既具有理论上的系统性,又具有内容上的新颖性和实用性,文风朴实,特色明显,符合法学和经济管理类本科生经济法教学的需要。

本书由刘文华、徐孟洲任主编,各章撰稿人(以撰写章节先后为序)分工如下:

刘文华:第一章

徐孟洲:第二、七、八、十章

刘俊海:第三章

王欣新、姚佳:第四章

吴宏伟:第五、十四章

王晓晔:第六章

张忠军:第九章

朱大旗:第十一章

程信和:第十二章

周珂、刘红林:第十三章

王全兴:第十五章

尽管作者在编写过程中付出了很大努力,但是还会有尚未发现的错误和缺点,欢迎广大读者批评指正。

编者

2009年1月

目 录

第一章 经济法基础理论	(1)
第一节 经济法形成的基础	(1)
第二节 经济法的调整理论	(9)
第三节 经济法的本质和功能	(17)
第四节 经济法的基本原则	(23)
第二章 经济法主体	(27)
第一节 经济法律关系	(27)
第二节 经济法主体的体系结构	(30)
第三节 消费者	(33)
第四节 经营者	(34)
第五节 经济管理者	(35)
第六节 经济法主体资格的取得	(40)
第三章 公司法律制度	(44)
第一节 公司法概述	(44)
第二节 公司的概念及特征	(49)
第三节 有限责任公司	(56)
第四节 股份有限公司	(66)
第四章 企业法与破产法律制度	(74)
第一节 企业法	(74)
第二节 破产法	(85)
第五章 竞争法与反不正当竞争法律制度	(112)
第一节 竞争法概述	(112)
第二节 竞争法的功能	(123)
第三节 反不正当竞争法律制度	(127)
第六章 反垄断法律制度	(135)
第一节 反垄断法概述	(135)
第二节 垄断协议	(137)
第三节 禁止滥用市场支配地位	(143)

2 经 济 法

第四节 控制经营者集中	(148)
第五节 行政性限制竞争	(154)
第六节 我国反垄断执法机构	(159)
第七节 我国反垄断执法面临的挑战	(163)
第七章 产品质量法律制度	(169)
第一节 产品质量法概述	(169)
第二节 产品质量监督管理制度	(173)
第三节 质量标准与认证制度	(175)
第四节 产品质量监督检查制度	(177)
第五节 缺陷产品召回制度	(179)
第六节 产品质量责任制度	(182)
第八章 消费者保护法律制度	(189)
第一节 消费者问题	(189)
第二节 消费者法概述	(190)
第三节 经营者主体	(196)
第四节 违反消费者法的责任和救济	(200)
第九章 证券法律制度	(203)
第一节 证券与证券法概述	(203)
第二节 证券发行制度	(205)
第三节 证券交易制度	(209)
第四节 上市公司的收购	(220)
第五节 证券监管体制	(223)
第十章 银行法与信托法律制度	(226)
第一节 银行法	(226)
第二节 信托法	(236)
第十一章 税收法律制度	(240)
第一节 税法概述	(240)
第二节 税收法律关系	(249)
第三节 税法的基本原则	(253)
第四节 税法的渊源、效力与解释	(258)
第五节 我国现行主要税法制度	(266)
第十二章 房地产法律制度	(271)
第一节 房地产法概述	(271)
第二节 房地产法的基本制度	(275)
第三节 有关房地产方面的法律责任	(294)

第十三章	自然资源保护法律制度	(297)
第一节	自然资源保护法概述	(297)
第二节	生物资源保护法	(301)
第三节	非生物资源保护法	(314)
第十四章	对外贸易法律制度	(328)
第一节	对外贸易法概述	(328)
第二节	对外贸易主体	(337)
第三节	货物进出口与技术进出口法律制度	(348)
第四节	国际服务贸易管理制度	(355)
第五节	与对外贸易有关的知识产权保护	(358)
第六节	对外贸易秩序和对外贸易促进	(359)
第七节	对外贸易法律责任	(365)
第十五章	社会保障法律制度	(368)
第一节	社会保障法概述	(368)
第二节	社会保险	(372)
第三节	社会救助	(381)
第四节	社会福利	(386)
第五节	社会优抚	(389)

第一章 经济法基础理论

第一节 经济法形成的基础

一、经济法形成的基础条件

现代市场经济关系的特点是现代化、社会化和国际化,这使得传统法律部门的调整机制对此很不适应。法律调整经济关系的模式和手段的改革势在必行,新的法律部门呼之欲出。经济法正是在社会经济的这种客观需要下产生的。经济法既是一个与传统法律部门有密切联系又迥然有异的新型法律部门,更是一种以新的法学理念和新的调整机制解决现代市场经济矛盾关系的法学理论和法律思潮。经济法的出现有规可循,从社会发展的历史长河中和现代市场经济的客观需求中都可以找到它赖以产生的基础条件。这些基础条件都是社会、经济、政治、文化各个领域内各种矛盾方面的结合,经济法正是在其既对立又统一中形成和发展的。

(一) 社会、经济基础条件

1. 社会整体和社会个体

从历史发展看,社会整体利益和社会个体(包括组织和个人)利益的矛盾是支配人类社会存在和发展的基本矛盾。在现代社会中,这一基本矛盾已发生重大变化(尤其是对自由资本主义而言):(1)二者关系更加密切,一致性大于对立性。社会个体越来越依附于社会整体。经济关系复杂多变,风险危机剧增,没有稳定的社会,个体便无法生存。(2)社会个体之间的关系也日益与社会整体密切相连。现在已不是小作坊式的简单商品经济时期,一个企业的破产可能引发连锁反应。尤其是大企业(如上市公司),其兴衰成败可能影响许多第三方的利益,甚至影响全局,造成社会灾难。因此必须要求其对社会整体利益负责,接受国家和社会的监控。

但是,社会个体仍然是社会整体的基本细胞和组织,其是否活跃、健康,决定着社会整体的存在和发展。社会个体与社会整体之间存在着差别、对立,甚至可能发展到对抗,对其必须既保护、扶持,又适度引导、约束,正确处理二者关系。

传统法律部门中,有的侧重社会整体,有的只关注社会个体,常把两者截然分开,甚至使两者根本对立。现代社会则要求必须兼顾和结合两者,将其置于良性互

动的关系之中,达到协调发展的目的。

2. 分化与综合

现代社会的经济生活是沿着分化与综合两个方向、途径发展的。不仅分化是事物发展的主要形态,有机的结合也是事物发展的重要形态,有分有合,分合并行。经济领域内的企业联合,优势互补,缺势互消,取得互利双赢的发展。

经济领域内的这种分、合两种发展形态并存并进的表现比比皆是。以生产力和生产关系为例:(1)生产力方面,现代社会化大生产沿着分的发展方向发展,越来越专业化、专门化;但同时也要求系统化、整体化和集中化。高度分工的流水线作业若无最后的组合和整装,也无法出成品。(2)生产关系方面,现代市场经济的整体结构及其行为、关系,一方面有强烈的分的要求,生产经营单位分解、划小,企业独立自主性加强;另一方面,由于市场竞争激烈,风险时刻威胁,有时又会产生联合的要求,推动经济联合,组织企业集团,实行规模经济。可见分与合在并行不悖地发展,我国城市的经济体制改革过程也是如此。从早期的扩权让利、分散的自主经营到后来的企业联合,“抓大放小”也是一种有合有分。农村改革将生产经营单位划小到农户,但同时也保留必要的农业组织集体管理制度,实行统分结合的双层经营体制。

既然在生产力和生产关系两方面都是有分有合,为经济服务的法律上层建筑也必须既要分别调整,又要综合调整。而传统法律部门多是着重分别调整的,于是一个以综合调整为主的法律部门必然产生。

3. 资源配置的两种模式和两类经济体制

生产力按比例发展是固定的经济规律,只有主要资源在各个生产部门合理地配置,才能取得生产力发展的最快速度和最佳效益。从社会发展史看,资源配置的方式有两种:一是市场自发配置,二是有计划配置。两种配置方式形成了两类不同的经济体制:自由资本主义经济和社会主义计划经济。两类社会都曾有过辉煌的历史,但实践也证明了这种两极化的资源配置方式以及由此形成的两类社会经济体制分别造成了否定自身的危机——“市场调节失灵”和“行政调节失灵”,都得寻求解脱的出路。西方一位经济学家曾将其分别称为“爱好指导者的社会”和“理智指导者的社会”,并指出两类社会必然逐渐混合。

“混同论”难以苟同,因为两类社会的经济基础、阶级本质不同。但是,20世纪中期以来,两类社会在解困中确实是既不断地碰撞又相互吸收着对自己有利、有益的东西。中国转型于市场经济,西方普遍加强了国家的干预和调控,由此在经济体制上都实行了现代市场经济——其当然不是计划经济,但也不是传统的自由资本主义市场经济。学界的争论不在于是否实行市场经济,而在于这种市场经济是自由资本主义市场经济,还是现代市场经济。现代市场经济决定了其上层建筑的法律调整模式既不能是行政权力至上的“行政法调整模式”,也不能是自由主义化的

传统的“民法调整模式”。

4. 社会基本矛盾及其两大系列矛盾方面

社会整体利益和社会个体利益这一社会基本矛盾在现代社会表现为多对矛盾和矛盾方面。如国与民、国家与企业、管理和自主、统和分、经济集中和经济民主、宏观经济和微观经济、计划和市场、计划调节和市场调节、纵向经济关系和横向经济关系、秩序和自由、公平和效率、公与私、公法与私法……将其分解组合,就构成两大系列矛盾方面。第一系列为国家、管理、统、经济集中、宏观经济、计划、计划调节、纵向经济关系、秩序、公平、公、公法等;第二系列为民、企业、分、经济民主、微观经济、市场、市场调节、自由、效率、私、私法等。当今,两类社会在发展过程中的两大系列矛盾方面都各走极端。社会主义国家片面关注第一系列矛盾方面,而忽视甚至否认第二系列矛盾方面;资本主义社会极度发展和依赖第二系列矛盾方面,而抵制和否定第一系列矛盾方面。其结果如前所述——一个“行政调节失灵”,一个“市场调节失灵”。究其原因,从哲学的方法论看,是只看到两大矛盾的对立,而看不到统一,将矛盾的两个方面置于只能相互进退、相互消长甚至存亡的根本对立的境地。解决矛盾的根本途径,是在看到和承认其对立时,也要看到其联系、一致和统一。“明其异、求其同”,“存异求同”才是根本出路。这种对社会矛盾及其矛盾方面的认识,不管当政者是否意识到和掌握,事实上都在据此来决定方针政策,调整方略、措施,法律体系的构成及调整模式也必须相应地与时俱进、发展变化。

(二) 政治、国家基础条件

1. 自发性与自觉性

自发性是市场经济的本质属性;自觉性是指人们对市场经济的自觉认识和主动调控。二者的关系也是一种既对立又统一的关系。正确认识和把握它们的关系,是正确处理国家与企业、政府与市场关系的理论基础。

首先,自发性是市场经济的本质属性,是开展自由竞争关系和实现价值规律的客观基础,促进了近代和现代社会极大地发展;其次,自发放任的发展也给人类社会带来了经济危机和战争灾难,而且也在毁灭着其自身。20世纪以来,人们痛定思痛之余,开始认识到其两面性,并力图从市场经济的自发性中发现和掌握某些可以控制和运用的规律,于是出现了两股自觉的力量:企业(广义的市场主体)和国家(政府)。企业家不再囿于自己企业内部高度计划的圈子,而是力图探索和掌握市场变化发展的规律。20世纪的国家业已不再置身于市场经济之外,不再是以“无为而治”自诩的政府,为保持社会稳定发展,国家也开始逐步介入经济领域,由被动变主动,由不自觉到自觉,成为现代市场经济中实现人们自觉性活动功能的最重要的力量。作为上层建筑的法律应适应经济的这种自发性与自觉性的关系及其变化,建立起既能承认、尊重和运用市场经济的自发性,又能确立对其消极因素进行自觉预防和调控的法律体系和机制制度。

由上述可见,体现经济自觉性的国家介入经济生活,是现代市场经济形成的基本因素,也是区别于自由资本主义的基本标志。但必须明确,自发性是市场经济的本质,是其基础属性,或者说是一种规律,人们的自觉性只能因势利导,发挥其积极功能,限制其消极作用,但不可能完全克服其自发性或取代自发性。

2. 政治国家与经济国家

国家是阶级和阶级矛盾不可调和的产物,其职能是对内统治被统治者,协调统治阶级内部关系;对外抵御外敌。到了近代和现代社会,国家又进一步发展了管理社会的公共行政职能。

国家的历史经历了政治国家、行政国家到经济国家的变化。早先产生的和多年来传承下来的国家都只是政治组织、政治国家。资产阶级民主革命后,国家加强了维护市场和社会秩序的行政管理职能,所以又突出了行政国家的角色。进入现代社会以来,国家在保持政治国家、行政国家的角色外,又增加了经济国家的身份。由于现代社会经济关系的发展、变化,国家实际上已全面地介入经济生活,发生了三个“不单纯”:(1)国家不再是单纯的市场经济之外的外在力量,而是通过多种介入形式(干预、参与、管理和调控)进入市场经济之内,成为市场经济内部不可或缺的要害。因此,国家因素的介入是现代市场经济的客观要求和应有之义。(2)国家已不再是单纯的上层建筑,而实际上以国有资产所有者的身份深入经济内部,成为市场主体中的“老板”,成为经济基础的组成部分。(3)国家已不再是单纯运用行政手段对社会经济进行一般管理的公共行政管理,而是以综合手段(经济手段、法律手段、行政手段)对市场进行管理、调控的经济管理者。因此,现代国家已发展为“经济国家”。实践中也是如此,经济管理职能已成为国家的主要职能,经济贸易已是各国家内政外交的主轴和主要内容。

当今社会,国家三重身份并存,突出的是经济国家。为实现国家经济职能,实施经济管理,当然不能再“无为而治”,也不能以行政命令手段为主管理经济。现代社会的这种变化,极大地冲击着传统的法律体系。出路何在?如果沿用古老的传统的法律模式,让经济服从法律,法律就会毫无作用和价值。

3. 集权与分权

从国家角度看,一部社会经济发展史就是一部集权与分权对立统一的历史。政治上如此,经济上亦如此。我国在经济体制改革前,曾经走入“一统就死,只好再放;一放就乱,只好再收”的怪圈,其原因除漠视商品经济这一根本性问题外,还在于把集权与分权的问题只看做是中央与地方的权力分配问题,而没有看到其中最重要的是国家与企业的经济权力分配问题。经济体制改革的中心环节是搞活企业,为此要正确处理国家与企业的关系问题。此后,我们抓住了问题的症结:改革主要不是中央与地方之间的经济权力分配,而是要扩权让利,给企业以充分的经营自主权。经济体制改革这盘“大棋”由此而搞活,全盘皆赢。当然,就现在情况看,

国家与企业、中央与地方的权力分配上仍存在问题,还需不断地调整。对这种经济权力分配的体制与机制的建立必须以物质利益关系为核心,以经济手段、法律手段为主进行调整,必须在各方之间通过动态的平衡不断寻求最佳的结合点。

(三) 法律、法学基础条件

1. 公法与私法

20 世纪在法律、法学领域内发生的最惊人变革,是将传统的公法与私法的鸿沟冲破,打破了百千年两者互为消长甚至根本对立的界限。这表现在:在西方发生了“私法公法化”;在东方(在中国)则在一定意义上、一定范围内发生了“公法私法化”。公法与私法的区别仍然存在,但两者在多个领域、多个方面相互渗透、相辅相成或相反相成的现象大量地存在着,这已是当今法律、法学发展的主流方向和不可逆转的趋势。

在西方,“私法公法化”是与“后院变前院”紧密相连的。为反对垄断和维护市场秩序,国家的法律“侵入”了私人资本家神圣不可侵犯的“后院”,调整其内部经济关系。企业法、公司法、证券法和许多金融法规都是典型表现。许多技术经济法规,如产品质量法、计量法、标准化法等,也都在调整着企业外部关系的同时,调整企业内部经济关系。许多本应由“私法”保障私权利、私自由的领域,或者应由企业章程自律调整的领域,现在多由公法、公权力进行规制、监督。

在东方,我国通过经济体制改革,实行市场经济,在一定范围内和一定程度上也发生了公法与私法交错和交融的现象。不过与西方国家相反,我们更多地表现为“公法私法化”。确认企业、公司的市场主体地位,与过去的“一大二公”体制下的只有“公身份”、没有独立地位的情况相比,即是最大量、最广泛的“公法私法化”现象。(这里的“私”是就其独立市场主体地位而言,并非指私有制。)许多经济法律、法规也都改变了以往的以公法为主的格局,而更多地规定企业的地位、权利和利益。并且政府的经济行为、管理活动,也常通过私法形式予以实施,如承包经营合同、政府采购合同。

公法与私法结合,并非根本否定公法与私法的划分,更不是指一项具体条款“亦公亦私”。而是指现代社会已经冲破、淡化了公私法绝对划分的格局,出现一批既有公法条款又有私法条款的法律,《价格法》即是一例。“公私兼顾”成为占主流地位的法律模式。

2. 两种立法结构模式

按照传统大陆法系理论,一个独立法律部门必须是有单一的调整对象(社会关系)和调整方法;一部法也只能调整一类社会关系,不能调整两种或两种以上社会关系。特别是公法条款与私法条款、纵向经济关系与横向经济关系更不可并存于一部法律之中。但是,现代社会经济关系错综复杂,纯粹和单一的法律结构模式已不完全适用,除民法等几个传统法律部门仍固守其“公私分明”的二元结构外,

多数经济方面的法律、法规都不同程度地采取“纵横并存、公私结合”的综合结构模式,调整手段也为多种法律手段的综合运用。企业法、公司法如此,即使是被“纯化”的合同法也不得不保留一些公法、公权力条款。在我国,被并入民法体系的商标法、专利法等知识产权法系列也是“纵横兼具、公私并存”。

任何传统法律部门都难以容纳这种综合结构模式,它也给法律体系的结构带来冲击,因为不可能将一部法分解而分别纳入几个传统的法律部门中去。另外,一部法有几种法律调整手段,其“法律责任”一章中都如此规定。对这些已成为常态的法律、法学现象,传统法学很难有合理的解释和辨析。

3. 程序法与诉讼法,自诉与公诉

实体法与程序法是大陆法系又一种基本分类,但囿于传统法律、法学只强调法的止诉息争、惩恶救济的诉讼功能,实际上是将程序法等同于诉讼法。但是在现代社会,法不只是起保护当事人权益、保障社会秩序的作用,还要依法治国,发挥引导社会在法律轨道上运行的功能,所以在经济法律、法规中必然有大量的适应各自需要的法律程序。企业、公司的准入(登记、审核)程序、破产程序、商标的注册程序、专利的申请程序、计划程序、基本建设程序等,都是“诉讼程序”无法包容的。现代经济立法多是将实体法和程序法结合于一体,一般不再单列。

就诉讼程序法而言,传统的民事诉讼理论也有诸多不适应之处。在民事审判领域,法院审判权的启动是消极、被动的,受当事人处分权的约束,即“不告不理”原则。该原则为私权原则,一般只涉及当事人权益的私案可应用之,但如涉及公共利益、整体利益的侵权案件也照此办理,则不可。这些侵权案件往往并不能立刻、具体地侵害到特定人,如有仗义执言者前去医院起诉,按照自诉原则,法院不会受理,对社会公益的侵犯即无法处理。此类属“社会公益案件”,在产品质量问题、环境污染、资源破坏、价格违法等领域都有不少侵权个案。按照现代立法的社会责任原则,任何组织和个人都可以提起诉讼,此即“经济公益诉讼”。我国现行法律、法规中已初见端倪,《禁止向企业摊派条例》即规定任何单位和个人对摊派行为都有权检举、揭发、控告。经济公益诉讼的提出是对传统诉讼法学的又一次冲击。

二、经济法产生、形成的历史及规律

进入20世纪,在社会、经济、政治、文化领域发生的这些变革冲击着传统的法学理论、法律体系,孕育着新的法学理念和法律部门,其集中表现即第三法域——经济法、社会法的兴起。

现代经济法是在上述各类基础条件上形成的一门法律科学,因此,当社会发展还未到达一定阶段,还未出现这些基础条件时,科学的经济法是不会产生的。诸法一体的古代社会有相当多数量的调整经济关系的法律规范,甚至于单行法规,但这都不是我们所要探究和创建的经济法。

在经济法理论研究中,主要应揭示经济法产生的一般条件和规律。现代经济